اتجاهات القضاء الكويتي
بشأن التحكيم القضائي في العقود الإدارية

الدكتور
داود الباز
أستاذ القانون العام المساعد
كلية الحقوق – جامعة الكويت

مقدمـــــــــة :

حظي التحكيم في الوقت الآني بمكانة قوية ومهمة في ظل تنـــامي العلاقـــات الاقتصادية وازدهار واقع التجارة الدولية والداخلية بين الدول والمؤسسات المتعددة ، سيما وأن حاجة الدول النامية ورغبتها في الاستفادة من التطور الـــتقني للـــدول الصناعية المتقدمة يفرض عليها الدخول في تعاملات مع تلك الدول في سبيل تفعيل خطط التنمية لديها ، والعمل علي جذب رؤوس الأموال اتساقاً مع انتهاج سياســـة العمل علي تحفيز وتشجيع الاستثمار الأجنبي وما يؤدي إليه من انتقـــال الأمـــوال والبضائع والخدمات إلي منطقة الاستثمار[(1)] . وغالباً مـــا يحـــرص المـــستثمرون في الأسواق الدولية علي التحرر بقدر الإمكان من القيود القانونية والإجراءات الـــتي تطيل أمد فض النزاع في الدول محل الاستثمار . ولتلبية هذه الرغبة يحرص المستثمر الأجنبي علي النص في العقود التي يبرمها علي أنه حال نشأة أي نزاع حول نـــص

(١) د/ حمدي علي عمر : حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعات الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ٢٠٠٣ ص ١



معين في العقد فإن هذا النزاع يتم حله عن طريق التحكيم(٢) علي نحو يغنيه عن اللجوء إلي القضاء مع ما يترتب علي ذلك من توفير للوقت والجهد والنفقات(٣) ، فضلاً عن أن هذا الأسلوب يبعث الطمأنينة لديه ويبدد كثيراً من مخاوفه الناشئة عن جهله بالقوانين الداخلية للدولة محل الاستثمار ، وعدم ثقته في استقلال قضائها الوطني أمام الحكومة أحياناً أخرى(٤) ، أي أنه أضحى أحد ضمانات عمليات التجارة الدولية(٥). ومع اتساع العلاقات الاقتصادية والتجارية بين الدول وامتدادها إلي استغلال الثروات الطبيعية والتعاملات الإلكترونية امتد التحكيم إلي مجالات كانت عما قريب بمنأى عنه ، ألا وهي منازعات العقود الإدارية التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة الأخرى طرفاً فيها .

وإذا كان المشرع المصري قد أجاز صراحة التحكيم في منازعات العقود الإدارية بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وكذلك المشرع الفرنسي الذي أصدر تشريعات نظم بها التحكيم في بعض المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها(٦) ، فإن المشرع الكويتي لم يفعل ذلك وإنما أصدر قانوناً خاصاً

---

(٢) د/ هشام خالد : أوليات التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة في النظم القانونية اللاتينية والأنجلو سكسونية والعربية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ٢٠٠٤ص ٧

(٣) د/ زكريا جلال نقريش : تأملات في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ ، مجلة المحامي الكويتية ، السنة التاسعة عشرة / أكتوبر / نوفمبر / ديسمبر ١٩٩٥ ص ٢٤٣

(٤) د/ نجلاء حسن سيد أحمد خليل : التحكيم في المنازعات الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ٢٠٠٣- ٢٠٠٤ ص ٩

(٥) د/ علي بركات : الرقابة علي دستورية نصوص التحكيم ، دار النهضة العربية ٢٠٠٣ ص ٤

(٦) د/ حمدي عمر : المرجع السابق ص ١ ولمزيد من التفصيل حول موقف القانون الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية راجع مؤلف الدكتورة / حفيظة السيد الحداد : الاتفاق علي التحكيم في عقود الدولة

بالتحكيم القضائي أدى إلي إثارة النقاش وتباين الآراء الفقهية والاتجاهات القضائية بشأنه وسوف يكون بحثنا مقصورا علي اتجاهات القضاء الكويتي بشأن التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية علي نحو ما ستبينه هذه الدراسة .

ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير

المبحث الأول

التحكيم القضائي وتنظيمه القانوني في الكويت

صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية بدولة الكويت ، منظماً للتحكيم عن طريق اللجوء لهيئات التحكيم وأصدر وزير العدل القرار رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥ بشأن إجراءات التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية ثم تلي ذلك القرار مباشرة القرار رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء إدارة للتحكيم بمحكمة الاستئناف تنظر في طلبات التحكيم وتتكون من قضاة وغيرهم علي يجعل تشكيلها خليطاً وليس قضائياً بحتاً .

وتقتضي دراسة الموضوع أن نعرض لماهية التحكيم القضائي وأهميته وتطوره فيما يلي :

المطلب الأول

مفهوم التحكيم القضائي وأهميته وتطوره

تعنى الدراسات الإنسانية عموماً بتحديد المفاهيم للأفكار محل البحث من منطلق أن سبر غور الأفكار وتحليل مضمونها يساعد كثيراً في الوقوف علي المعاني التي تتداعى

ذات الطبيعة الإدارية وأثرها علي القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية طبعة ٢٠٠١ص ١٨ وما بعدها



عند إطلاقها أو الأحكام التي تبنى عليها . وتضيف أهمية الموضوع بعداً قوياً للدارس تجلي له قيمة الأفكار في المجال العملي ومدى اتصالها أو بعدها عن الواقع .

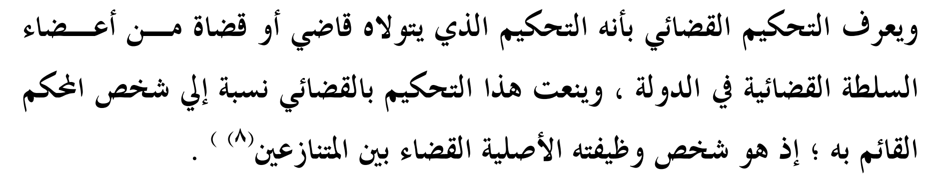
وإن نظرة في التاريخ تعين كثيراً في هذا الصدد من حيث تتبع نشوء الفكرة والظروف التاريخية التي دفعت لطرحها ؛ للبناء عليها في الحاضر من أجل الوصول إلي رأي علمي سليم ، وسوف نعرض لذلك فيما يلي :

الفرع الأول
مفهوم التحكيم القضائي

بادئ ذي بدء ننوه إلي أننا لن نعرض هنا لمفهوم التحكيم بمعناه العام والذي أحصته جميع المؤلفات التي تناولت موضوع التحكيم بالدراسة والبحث(٧) وما كنا عن الإحاطة بها بغافلين . ومن ثم سنتناول مفهوم التحكيم الذي تنصب عليه دراستنا وهو التحكيم القضائي **l'arbitrage judiciaire** .

---

(٧) راجع في ذلك علي سبيل المثال : د/ أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والاجباري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الخامسة ١٩٨٨ص ١٥، د/ عزمي عبد الفتاح : قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٩٠ص ١١وما بعدها ، د/ علي بركات : خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه قدمت إلي كلية الحقوق – جامعة القاهرة وطبعتها دار النهضة العربية عام ١٩٩٦ ص ٩ وما بعدها ، د/ يوسف الصليلي : عناصر التحكيم (اتفاق التحكيم – هيئة التحكيم – حكم التحكيم) مذكرات لطلبة الفرقة الرابعة بكلية الحقوق – جامعة الكويت ، بدون تاريخ ص ١ ود/ نبيل إسماعيل عمر : التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ٢٠٠٥ ص ٧ وما بعدها ود/ آمال أحمد الفزايري : دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري – السعودي – الفرنسي – الإيطالي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون تاريخ ص ١٥ وما بعدها



ويعرف التحكيم القضائي بأنه التحكيم الذي يتولاه قاضي أو قضاة من أعضاء السلطة القضائية في الدولة ، وينعت هذا التحكيم بالقضائي نسبة إلي شخص المحكم القائم به ؛ إذ هو شخص وظيفته الأصلية القضاء بين المتنازعين(٨) .

ويتضح من التعريف أن التحكيم القضائي يتم من خلال قضاة رسميين يقومون بتطبيق القانون علي النزاع المعروض أمامهم(٩) في شكل خصومة تتابع إجراءاتها التي يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم من ناحية ، والمحكم وأعوانه ناحية أخرى ، وتبدأ هذه الخصومة بطلب التحكيم وتنتهي عادة بصدور حكم في موضوعها(١٠) .

ولا يفهم من ذلك أنه يتم من خلال قضاة فقط بل هو تحكيم مقيد بإضافة عنصر غير قضائي ، وهذا التشكيل يطلق عليه مسمى هيئة(١١) ؛ ولذا فإن المفهوم الأدق للتحكيم القضائي هو الذي يعرفه بأنه : التحكيم الذي تقوم به هيئة تشكل من

---

(٨) راجع في ذلك د/ أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٩٦ص ٢٥٧

(٩) د/ خالد عبد الله الياقوت ود/ طارق عبد الرؤوف صالح رزق : التعليق علي نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي مشتملاً علي آراء الفقه وأحكام محكمة التمييز وأحكام هيئة التحكيم ، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ص ١٦٥

(١٠) د/ سيد احمد محمود : خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الكويت ، الطبعة الأولى ١٩٩٧ ص ١٧

(١١) انظر د/ خالد عبد الله الياقوت ود/ طارق عبد الرؤوف صالح رزق : التعليق علي نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي مشتملاً علي آراء الفقه وأحكام محكمة التمييز وأحكام هيئة التحكيم ، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ص ١٦٥



عنصر قضائي (ثلاثة قضاة) وعنصر غير قضائي (اثنين من المحكمين العاديين) أي أن الهيئة التي تتولاه تشكل تشكيلاً مختلطاً يغلب فيه العنصر القضائي[١٢] .

الفرع الثاني
أهمية التحكيم القضائي

تكاد تكمن أهمية التحكيم القضائي في ذات الأهمية التي يضفيها الفقه علي التحكيم بصفة عامة وأنه أضحى يتبوأ مكاناً علياً بالنسبة لنوعية المنازعات التي يتسم بها هذا العصر ، حيث ارتبط نمو المعاملات الدولية والمحلية في الوقت الراهن بتزايد اللجوء إلي التحكيم كطريق لتسوية المنازعات ، حتى صار سمة بارزة في المعاملات المحلية والدولية استجابة لرغبة المتعاملين في التحرر قدر الإمكان من القيود التي تفرضها النظم القانونية للتقاضي علي نحو يحقق لهم سرعة الفصل في المنازعات عموماً والتجارية منها خصوصاً ، إذ إن هذه الأخيرة ترتبط بالتجارة التي تقوم علي السرعة وتحتاج إلي مواكبة لها في الفصل في منازعاتها بسرعة أيضاً[١٣] ؛ لكي تستقر المراكز القانونية بين المتنازعين ، وبإجراءات ميسرة تسمح في مجملها باحتواء النزاع في أضيق نطاق[١٤] . ويبرز هذه الأهمية توافر التخصص المهني لدى الأشخاص المحكَمين

---

(١٢) د/ سيد أحمد محمود : نظام التحكيم (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي – المصري ، بحث منشور في مجلة المحامي ، التي تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، السنة الرابعة والعشرون ، إبريل / مايو / يونيو ٢٠٠٠ص ١٢٥

(١٣) انظر في ذلك / أسيل حامد خليفة الفضالة : التحكيم القضائي (المزايا والعيوب) في دولة الكويت ، أطروحة قدمت لكلية الدراسات العليا لاستيفاء جزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون ، أكتوبر ٢٠٠٠ص ٦

(١٤) د/ سيد أحمد محمود : خصومة التحكيم القضائي ، المرجع السابق ص ٩

في المنازعات التي تتسم بالتعقيدات في المعاملات التجارية والمدنية عموماً والمعاملات الدولية خاصة وما يرتبط بها من أمور فنية وعادات وأعراف ومصطلحات تحتاج للوقوف علي فحواها والكشف عن مدى تعلقها بالنزاع ومدى تأثيرها علي حقوق المتنازعين إلي تخصصات فنية دقيقة(١٥) ، يتم اختيار أصحابها عادة بمعرفة أطراف النزاع ويرتضون بما ينتهون إليه من أحكام فيما شجر بينهم .

وقد أدكت دولة الكويت هذه الأهمية منذ زمن ليس بقريب ، فحرصت علي أن يكون لهذا النظام أهميته الكبيرة ، وأن يدرج في تشريعات خاصة وفق ضوابط معينة(١٦) ، وهو ما تبلور في قانون التحكيم القضائي الذي يبين علي نحو أوضح من خلال ما سنعرضه فيما يلي :

الفرع الثالث

التطور التشريعي للتحكيم القضائي في دولة الكويت

ظهر التحكيم القضائي لأول مرة في التشريع الكويتي عام ١٩٥٩ بموجب المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وتحديداً في المادة ٣٩ من ذلك المرسوم ، ثم توالت بعد ذلك التشريعات التي اهتمت بهذا النظام ، وورد النص عليه أيضاً في المادة ٢٦٤ مكرراً من قانون المرافعات السابق رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ والمضافة بمقتضى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧١ ، ثم نص عليه بعد ذلك في الباب الثاني عشر من

3- Pierre HĒBRAUD , observation sur l' arbitrage judiciaire , Mélanges gabrial Marty , pp. 635 et s.
-Philippe CONTE ,l'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, j . c .p . 1988 . 1 . doctrine 3343 .

(١٦) مقدمة نظام التحكيم في دولة الكويت وفق القانون رقم ١١لسنة ١٩٩٥ والقرارات الوزارية المنظمة له وقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ، طبعة وزارة العدل ، إدارة التحكيم القضائي – محكمة الاستئناف ص ٥

المرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية وتحديداً في المادة ١٧٧منه والتي كانت تنص علي أنه (يجوز لوزارة العدل أن تشكل هيئة تحكيم أو أكثر تنعقد في مقر المحكمة الكلية أو أي مكان آخر يعينه رئيس الهيئة وتكون رئاستها لمستشار أو قاضي تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضويتها لاثنين من التجار أو ذوي التخصصات الأخرى يتم اختيارهما من الجداول المعدة لذلك وفق القواعد والإجراءات التي يصدر بها قرارا من وزير العدل .... وعلي أن تسري في شأنها القواعد المقررة في الباب الثاني عشر في شأن التحكيم الاختياري) . وقد أصدر وزير العدل تنفيذاً لحكم المادة ١٧٧ قراره رقم ٨٢ لسنة ١٩٨٠ في ١٨ / ٨ / ١٩٨٠ في شأن اختيار عضوي هيئة التحكيم ، كما أصدر بعد ذلك القرار الوزاري رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ بإنشاء هيئات تحكيم ، تم تعديله بالقرار الوزاري رقم ٢١ لسنة ١٩٩٤ بإنشاء هيئات التحكيم .

ثم ألغيت(١٧) المادة ١٧٧ بصدور قانون التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بتاريخ ١٩ فبراير ١٩٩٥ والذي تم تطبيقه بعد مرور شهر علي تاريخ نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٨ / ٢ / ١٩٩٥ ويحتوي هذا القانون علي أربعة عشرة مادة(١٨) .

---

(١٧) راجع أسباب إلغاء هذه المادة في مؤلف د/ سيد أحمد محمود : خصومة التحكيم القضائي ، المرجع السابق ص ١١ حيث ذكر من بين هذه الأسباب عزوف المتقاضين عن عرض منازعاتهم عليها نتيجة لعجزها عن سرعة الفصل في المنازعات .

(١٨) د/ أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي ، المرجع السابق ص ٢٦٥

المطلب الثاني
التنظيم القانوني للتحكيم القضائي في الكويت

صدر قانون التحكيم القضائي(١٩) رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وحدد تشكيل الهيئات التي تتولاه واختصاصاتها وسلطاتها وإجراءات التحكيم أمامها . وقد أناطت المادة الثالثة عشرة من ذلك القانون بوزير العدل إصدار القرارات اللازمة لتنفيذه ، وبالفعل صدر عن وزير العدل القرار الوزاري رقم ١١٢ لسنة ١٩٩٥ بتعديل القرار رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء إدارة التحكيم القضائي بمحكمة الاستئناف . ثم صدر بعد ذلك القرار الوزاري رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٥ بخصوص إنشاء مكتب فني لشئون هيئات التحكيم القضائي(٢٠) .

وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون علي أن (تشكل بمقر محكمة الاستئناف هيئة تحكيم أو أكثر من ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين يختار كل من أطراف النزاع _ ولو تعددوا _ أحدهما من بين المحكمين المقيدين بالجداول المعدة لذلك بإدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف أومن غيرهم ...) .

ويلاحظ أن التحكيم الذي ينظمه ذلك القانون ليس تحكيماً قضائياً بحتاً ؛ حيث لا ينفرد قاضي أو قضاة بالفصل في طلب التحكيم ، بل يشترك في التحكيم عناصر غير قضائية مع القضاة ، الأمر الذي يثير الاستفهام حول مدى دقة المصطلح ؟ والصواب أنه تحكيم مكون من تشكيل مختلط(٢١) كما ذكرنا من قبل ، وأن تسميته

(١٩) نشر هذا القانون في جريدة الكويت اليوم ، ملحق العدد ١٩٦ الصادر بتاريخ ٢٨ فبراير ١٩٩٥ الموافق الثلاثاء ٢٩ رمضان ١٤١٥ من ص ١ إلي ص ٧ كما نشرت المذكرة الإيضاحية للقانون في نفس الجريدة ونفس العدد من ص ٨ إلي ص ١٤

(٢٠) انظر في ذلك د/ سيد أحمد محمود : خصومة التحكيم القضائي ، سالف الإشارة ص ١٢

(٢١) د/ سيد احمد محمود : نظام التحكيم ، دراسة مقارنة ، مجلة المحامي، سالف الإشارة ص ١٢٥



بالقضائي إنما كانت مسايرة للتسمية التي أطلقها عليه المشرع[٢٢] أو لنظر التحكيم بمقر إحدى المحاكم التي ينظمها قانون السلطة القضائية اتساقاً مع أحد أهداف هذا القانون وهو محاولة هيمنة السلطة القضائية علي منازعات التحكيم في الدولة[٢٣].

المطلب الثالث

طرح مشكلة التحكيم في العقود الإدارية

أثارت المادة الثانية من قانون التحكيم القضائي سالف الذكر مشكلة التحكيم القضائي في العقود الإدارية حينما تحدثت عن المسائل التي تختص هيئة التحكيم بالفصل فيها وتحديداً في الفقرتين : الثانية والثالثة من تلك المادة التي نصت علي أن تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية: .....٢ – الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل ، أو فيما بين هذه الشركات . ٣ – الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها إلي القضاء) .

إزاء هذا النص شجر الخلاف بين الفقه والقضاء حول مدى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية . ولن نعرض للآراء الفقهية في هذا البحث وإنما نتناول اتجاهات القضاء الكويتي في شأن المشكلة المطروحة علي النحو التالي :

---

(٢٢) راجع في ذلك د/ أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويت ، المرجع السابق ص ٢٦٦ كما يرى أنه تحكيم مؤسسي ؛ حيث تتولاه هيئة وطنية داخل الدولة تبعاً لقواعد وإجراءات محددة .

(٢٣) راجع تفاصيل أهداف صدور قانون التحكيم القضائي لدى د/ أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي ، المرجع السابق ص ٢٦٧ وما بعدها

المبحث الثاني

اتجاهات القضاء بشأن التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية

قبلت الجهات الإدارية في الكويت تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التي تبرمها عن طريق اللجوء إلي التحكيم الاتفاقي أو الاختياري(٢٤) مع عرض الأمر علي إدارة الفتوى والتشريع عند مراجعتها القانونية للعقود الإدارية التي تزمع الجهات الحكومية إبرامها . وهذا النوع من التحكيم يخرج عن موضوعنا ؛ ولذا كان من الجدير بالذكر طرح الفكرة السابقة ؛ لكي تتميز الأفكار بضدها ، حيث لم ينل التحكيم القضائي في العقود الإدارية ذلك القبول الذي حظي به التحكيم الاتفاقي ، سواء من الجهات الإدارية أومن القضاء الذي تباينت اتجاهاته في هذا الصدد . وسوف تكون دراستنا للتحكيم القضائي وفقاً لقانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ ، علي نحو ما سنبينه فيما يلي :

المطلب الأول

اتجاه إدارة الفتوى والتشريع

يتبلور اتجاه إدارة الفتوى والتشريع(٢٥) في رفض التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية والتأكيد علي اختصاص القضاء الكويتي بالفصل في منازعات تلك

---

(٢٤) نجلاء أحمد الغيص : مدى جواز التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والكويتي ، أطروحة قدمت لكلية الدراسات العليا لاستيفاء جزء من متطلبات درجة الماجستير في برنامج القانون الخاص بكلية الحقوق – جامعة الكويت ، ديسمبر ٢٠٠٢ص ٢٧٩

(٢٥) تعتبر إدارة الفتوى والتشريع في الكويت هيئة قضائية ، وهي إحدى الهيئات أو الأركان التي تقوم عليها السلطة القضائية ز راجع في ذلك بالتفصيل / أسامة عيسى الشاهين : إدارة الفتوى والتشريع في الكويت ، طبيعتها واختصاصاتها ، أطروحة مقدمة لكلية الدراسات العليا لاستيفاء جزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون العام ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥ ص ٢٧



العقود ، وعدم اختصاص هيئات التحكيم القضائي المشار إليها في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بالفصل في هذه المنازعات . وهذا الاتجاه يستخلص بوضوح من الفتاوى العديدة(٢٦) التي صدرت عن إدارة الفتوى والتشريع في هذا الشأن ، نختار من بينها الفتوى التالية :

الفتوى المتعلقة بعقود وزارة المالية

طلبت وزارة المالية من إدارة الفتوى والتشريع إبداء الرأي القانوني حول مدى جواز تضمين العقود التي تبرمها مع الأفراد والمؤسسات شرط التحكيم أمام هيئات التحكيم المنصوص عليها في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بناء علي طلب وزارة العدل تضمين تلك العقود هذا الشرط .

وتحقيقا لطلب وزارة العدل وضعت الإدارة القانونية بوزارة المالية ضوابط لتضمين عقودها هذا الشرط استناداً إلي ما ورد في المادة الثانية من القانون المذكور ، فرقت فيها بين نوعين من المنازعات(٢٧) هما :

النوع الأول : المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص المعنوية العامة فيما بينها أو بين هذه الأشخاص والشركات التي تكون مملوكة للدولة بالكامل .

وهذه المنازعات تفصل فيها هيئة التحكيم وحدها .

(٢٦) يراجع علي سبيل المثال الفتوى رقم ٢ / ١٥١ / ٩٥ – ١١٧٩ الصادرة بتاريخ ١٠ / ١٠ / ١٩٩٥ والمنشورة في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع في الفترة من يناير ١٩٩٠ وحتى ديسمبر ٢٠٠٢ ، الجزء الأول ، طبعة إدارة الفتوى والتشريع ، يناير ٢٠٠٥ ص ٤٠٣ وكانت وزارة الكهرباء قد طلبت من إدارة الفتوى إبداء حول مدى التزامها بتضمين العقود التي تبرمها شرط التحكيم أمام هيئات التحكيم القضائي وانتهت رأى إدارة الفتوى إلي عد التزامها بذلك .

(٢٧) انظر في ذلك د/ خالد فلاح عواد العنزي : التحكيم في العقود الإدارية في الكويت ، رسالة دكتوراه قدمت إلي كلية الحقوق – جامعة القاهرة وطبعتها دار النهضة العربية بالقاهرة ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٧ ص ٢٩٨

النوع الثاني : المنازعات التي تقوم بين الجهات الحكومية وبين الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو الأفراد . وفي هذا النوع يفرق بين حالتين :

الأولى : حالة اتفاق الأطراف علي اللجوء للتحكيم وهنا يكون الاختصاص لهيئات التحكيم المذكورة في القانون رقم ١١لسنة ١٩٩٥ .

والثانية : في حالة عدم اتفاق الأطراف علي التحكيم ، وفي هذه الحالة يكون لأحد الطرفين أو كلاهما الحق في أن يلجأ للتحكيم .

وقد انتهت إدارة الفتوى والتشريع في فتواها(٢٨) إلي عدم التزام الوزارة بتضمين عقودها الإدارية شرط التحكيم أمام هيئات التحكيم المذكورة في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ استناداً إلي أن المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة١٩٩٥ حددت اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات التي يتفق ذوو الشأن علي عرضها عليها ، كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم علي غير ذلك . وأردفت إدارة الفتوى في تبرير رأيها القول بأنه : (.....ومن حيث أنه يستفاد مما تقدم أن القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ قد جاء مقصوراً علي المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء المدني والتجاري فقط وبالتالي تخرج المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من نطاق تطبيق أحكامه. ويؤكد ما تقدم أن المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ بإنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية تنص علي أن تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العانة والتوريد أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء

(٢٨) فتوى رقم ٢ / ١٩٢ / ٩٦ – ٢٢١٥ الصادرة في أغسطس ١٩٩٦



الكامل) . وقد اتبعت وزارة المالية رأي إدارة الفتوى والتشريع الذي قصر الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية علي الدائرة الإدارية وحدها(٢٩) .

المطلب الثاني

اتجاه هيئات التحكيم القضائي

أجازت هيئات التحكيم القضائي بمحكمة الاستئناف التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وخصوصاً فيما يترتب عليها من حقوق مالية لأطراف تلك العقود وبشرط عدم المساس بطبيعة العقد الإداري ، وقبلت – بناء علي ذلك – طلبات التحكيم التي قدمت إليها والمتعلقة بمنازعات ناشئة عن عقود إدارية.

وقد أسست هيئات التحكيم هذا الاتجاه علي الأسباب الآتية :

السبب الأول : الإجازة الصريحة من المشرع

وقد وردت تلك الإجازة في المادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية ؛ إذ أجاز المشرع بمقتضى هذا النص للوزارات والجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلي التحكيم في المنازعات التي تكون طرفاً فيها ، بل وألزمها بعرض المنازعات التي تثار فيما بينها ، أو بينها وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها علي هيئات التحكيم القضائي طبقاً للمادة الثانية . ولم يقف الإلزام عند هذا الحد بل تعداه إلي حالة تقديم أشخاص القانون الخاص طلب تحكيم إلي هيئة التحكيم القضائي للفصل فيما ينشأ بينها وبين أشخاص القانون العام من منازعات .

---

(٢٩) راجع في ذلك د/ خالد فلاح عواد العنزي : التحكيم في العقود الإدارية في الكويت ، المرجع السابق ص ٢٩٩

ولا يعترض علي ذلك بما جاء في القانون الفرنسي من عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلي التحكيم إلا في الحالات التي يوجد فيها نص خاص يسمح بذلك ؛ حيث لا يصح قياس القانون الكويتي علي القانون الفرنسي(٣٠) .

السبب الثاني : عدم تعارض التحكيم مع طبيعة العقود الإدارية

وبيان ذلك أن نطاق التحكيم في العقود الإدارية إنما يكون مقصوراً علي الحقوق المالية الناشئة عن تلك العقود وهي حقوق يجوز الصلح فيها ، ومن ثم يجوز فيها التحكيم من باب أولى ، فضلاً عن هذه الحقوق المالية ليست متعلقة بالنظام العام كما هو حال شروط العقد الإداري وامتيازات الإدارة بصدده.

أما إذا كان الفصل في الحقوق المالية يؤدي بالضرورة إلي التطرق لطبيعة العقد الإداري وشروطه والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة إزاء المتعاقد معها فإن المنازعة تخرج من ولاية هيئة التحكيم القضائي(٣١) .

الفرع الثالث

تطبيق هيئات التحكيم القضائي لاتجاهها

صدرت عن هيئات التحكيم القضائي العديد من الأحكام التي جاء تطبيقاً لاتجاهها العام الذي تبنته بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية نختار من بينها الحكم التالي :

---

(٣٠) انظر د/ يسري محمد العصار : المرجع السابق ص ١٥٥

(٣١) حكم هيئة التحكيم القضائي في طلب التحكيم رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ الصادر بجلسة ٢٢ فبراير ١٩٩٨ في النزاع بين إحدى شركات المقاولات ووزارة الأشغال العامة التي أبرمت معها عقد إنشاء طرق في مدينة الكويت في مدة أقصاها ٩٠٠ يوم ولكن الشركة تأخرت عن التنفيذ في الموعد المحدد بسبب مكاتبات من الوزارة تحملت الشركة من جرائها أعباء مالية إضافية .



حكم المؤسسة العامة للرعاية السكنية

يمثل هذا الحكم تطبيقاً مباشراً لاتجاه هيئات التحكيم القضائي في وقت تالي مباشرة لصدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ وتتلخص واقعاته في نزاع قام بشأن عقد إداري أبرم بين المؤسسة العامة للرعاية السكنية وبين إحدى شركات التجارة العامة والمقاولات تقوم بمقتضاه الشركة بإنشاء وإنجاز وصيانة عدد ٤٢٠ وحدة سكنية ضمن المشاريع السكنية للمؤسسة ، وتوفير الخدمات الأساسية لتلك الوحدات .

وقد طلب ممثل الجهة الإدارية (المؤسسة العامة للرعاية السكنية) في دفاعه عن المؤسسة الحكم بصفة أصلية بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع علي أساس أنه من اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية ، وبصفة احتياطية عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية .

ورداً علي الطلب الأصلي للجهة الإدارية المحتكم ضدها ذهبت هيئة التحكيم إلي أنه دفع في غير محله ؛ لأن النص الوارد في المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية والذي جعل الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية مقصوراً عليها وحدها إنما ينصرف إلي مادون الدائرة الإدارية من الدوائر العادية بالمحكمة الكلية ولا يطال التحكيم القضائي باعتباره طريقاً استثنائياً لفض المنازعات ارتأى المشرع سلوك طريقه لاختصار الوقت والجهد ، هذا من ناحية[٣٢] . ومن ناحية أخرى فإن تحديد دائرة معينة دون غيرها لنظر نوع من المنازعات لا علاقة له بجواز التحكيم عموماً أو بعدم جوازه ، ولا يعني سوى أن هذه الدائرة أكثر ملاءمة من غيرها لحسم النزاع ، بخلاف التحكيم الذي يرغب أطرافه في حل النزاع بعيداً عن المحاكم .

---

(٣٢)راجع في ذلك د/ خالد فلاح عواد العنزي : المرجع السابق ص ٣٠٢

أما بالنسبة للطلب الاحتياطي للمؤسسة الذي يتمثل في الحكم بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية والذي دفع به ممثل الجهة الإدارية (المحتكم ضدها) طلب المحتكم (شركة التجارة والمقاولات) فقد ردت عليه هيئة التحكيم القضائي بأنه ولئن كان صحيحاً أن المسائل المتعلقة بالنظام العام لا تخضع للصلح – وبالتالي لا تخضع للتحكيم – فإن العكس صحيح وهو أن ما يخضع للصلح يمكن أن يكون محلاً للتحكيم ، ذلك أن المادة ٥٥٤ من قانون التحكيم القضائي وإن نصت علي عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام فإنها أجازته علي الحقوق المالية المترتبة عليها .

ومفاد ذلك أنه إذا كان التحكيم غير جائز فيما يمس طبيعة العقد الإداري وشروطه وسلطات الإدارة وامتيازاتها ؛ إيثاراً من المشرع للصالح العام وتقديمه علي الصالح الخاص ، فإن ما ينشأ عن العقد الإداري من حقوق مالية بحتة لا يتأبى علي التحكيم القضائي[٣٣] وليس هناك ما يحول دون أن تكون محلاً للتحكيم ، وأنه إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد أبطل الاتفاق علي التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا أجازه المشرع صراحة فإن ثمة فارقاً بين الاتفاق علي التحكيم الذي هو محظور كقاعدة عامة وبين حق الإدارة في التصالح وهو أمر جائز . وبناء علي ما سبق واستناداً إلي ما قرره المشرع الكويتي من إلزام أشخاص القانون العام بالتحكيم القضائي بمقتضى قانون التحكيم القضائي فإن طلب التحكيم يكون مقبولاً ؛ إذ ليس فيه أية مخالفة للنظام العام ، ولا يتعارض مع جوهر العقد الإداري موضوع طلب التحكيم فيما يولده من حقوق مالية قصرت المحتكمة طلباتها عليها .

(٣٣) انظر في عرض الحجج التي استندت إليها هيئة التحكيم القضائي د/ خالد فلاح العنزي ، المرجع السابق ص ٣٠٣



المطلب الثالث

اتجاه محكمة التمييز

اتجهت محكمة التمييز إلي تقرير عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية في النظام القانوني لدولة الكويت ، وانتهت أيضاً إلي عدم اختصاص هيئات التحكيم القضائي بنظر منازعات العقود الإدارية . وهو اتجاه يعارض ما انتهت إليه هيئات التحكيم القضائي ويتفق مع ما تبنته إدارة الفتوى والتشريع من رأي في هذا الصدد . وقد استندت محكمة التمييز في رأيها إلي السببين الآتيين :

السبب الأول – أن نطاق التحكيم مقصور علي المنازعات المدنية والتجارية(٣٤) ، وبالتالي فلا يمتد إلي منازعات العقود الإدارية ؛ لأن المشرع أناط بالدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية الاختصاص بالفصل فيها بمقتضى قانون إنشاء الدائرة الإدارية .

السبب الثاني – أن العقد الإداري تكون الإدارة طرفاً فيه ، بمعنى أن أحد أشخاص القانون العام هو الذي يبرمه مع الطرف الآخر بقصد تسيير مرفق عام أو إدارته ، وأن تستعمل الإدارة أساليب القانون العام لتحقيق هذا القصد ، وذلك عن طريق تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

ومن ثم فإن المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري تخرج من اختصاص هيئة التحكيم التي جاء اختصاصها محصوراً في المنازعات المدنية والتجارية طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٩ .

تطبيق محكمة التمييز لاتجاهها .

من أوائل الأحكام التي عبرت فيها محكمة التمييز عن اتجاهها بشأن التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية حكمها الصادر من الدائرة التجارية الثانية[٣٥]

---

(٣٤) راجع د/ يسري العصار : المرجع السابق ص ١٥٨

بتاريخ ١٥ فبراير ١٩٩٨في الطعن بالتمييز المرفوع من وكيل وزارة الأشغال ضد إحدى شركات المقاولات والمقيد بجدول التمييز برقم ٥١ لسنة ١٩٩٧. ويتلخص موضوع الطعن في أن الشركة المطعون ضدها تقدمت إلي إدارة التحكيم القضائي بطلب تحكيم ضد وزارة الأشغال العامة (الطاعنة) ابتغاء الحكم بإلزامها بأن تؤدي لها تعويضاً عن الأعمال الإضافية التي نفذتها والتي أنفقت عليها مبلغاً يفوق المبلغ الذي قدرته الوزارة في البداية عندما أبرمت معها عقداً في ٢٣ / ٦ / ١٩٩٣ لكي تقوم الشركة بموجبه باستكمال أعمال معمارية في قصر بيان والتي كانت قد توقفت بسبب الغزو العراقي بتاريخ ٢ / ٨ / ١٩٩٠ . وأثناء تنفيذ العقد طلبت الوزارة من الشركة القيام بأعمال إضافية وأصدرت لها أمراً تغييرياً بإصلاح الأضرار التي نتجت عن الغزو وقدرت قيمة هذه الإصلاحات بمبلغ معين بينما قدرتها الشركة بمبلغ أكبر مما قدرته الوزارة . وعلي إثر هذا الخلاف في قيمة الأعمال النهائية للأمر التغييري الذي اعترضت الشركة علي مقداره تقدمت الشركة بطلب تحكيم إلي هيئة التحكيم القضائي . وبتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ قضت هيئة التحكيم برفض الدفع المبدى من الوزارة بعدم اختصاصها بنظر النزاع وبإلزام الوزارة المحتكم ضدها (الطاعنة) بأن تؤدي للشركة المحتكمة (المطعون ضدها) مبلغاً أكبر من المبلغ الذي قدرته الوزارة مع دفع الفوائد القانونية حتى تمام السداد . طعنت وزارة الأشغال علي هذا الحكم بطريق التمييز علي أساس أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وأنه قد احتوى علي خطأ في تطبيق القانون وتأويله . وفي بيان ذلك قال

(٣٥) نشر هذا الحكم في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز في الفترة من عام ١٩٨٢ إلي عام ١٩٩٩ والتي أعدها المستشار / ناصر معلا والمحامي/ جمال الجلاوي وطبعتها إدارة الفتوى والتشريع ، الكتاب الأول ، الدعوى الإدارية ، الجزء الأول ، الاختصاص الطبعة الأولى ١٩٩٩ص ٢٧٤ كما نشرته مجلة القضاء والقانون ، السنة ٢٦ ، الجزء الأول ، مايو ٢٠٠١ ص ١٩٩

دفاع الوزارة : (....إن النزاع المطروح يتعلق بعقد إداري مما تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية ولائياً بنظره دون غيرها ويخرج عن اختصاص هيئات التحكيم التي يقتصر اختصاصها علي المنازعات المدنية والتجارية طبقاً لقانون التحكيم رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ إلا أن الحكم المطعون فيه رفض دفعها بعدم اختصاص هيئات التحكيم ولائياً بنظر النزاع علي سند من أن اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لا يحول دون اختصاص هيئات التحكيم بنظرها ، وفي ذلك ما يعيبه ويستوجب تمييزه . وقد حكمت محكمة التمييز بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه وعينت الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية لنظر النزاع وألزمت الشركة المطعون ضدها المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة . وقد استندت محكمة التمييز في قضائها إلي أن نعي الوزارة علي الحكم المطعون فيه سديد وقالت في هذا الشأن : (....لما كان البين من الأوراق ومما سجله الحكم المطعون فيه أن الوزارة الطاعنة أبرمت مع الشركة المطعون ضدها العقد محل النزاع عن مشروع استكمال أعمال قصر بيان ، وانتهجت في تعاقدها أسلوب القانون العام محتفظة لنفسها بحق تعديله ...وأنها أصدرت للشركة المذكورة أثناء العمل عدة أوامر تغييرية منها الأمر رقم ١ ؛ مما يجعل هذا العقد عقد أشغال عامة . ولما كانت المنازعات التي تختص هيئة التحكيم بالفصل فيها طبقاً للمادة الثانية من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية ، – وعلي ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة – هي المنازعات المدنية والتجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها ، ومن ثم فلا اختصاص لها بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها . ومن ثم فلا اختصاص لها بالفصل في المنازعة المطروحة لتعلقها بعقد

إداري مما تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بولاية الفصل فيه وحده دون غيرها إلغاءً وتعويضاً عملاً بالمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم ولائياً بنظر النزاع ومضى إلي الفصل في موضوعه علي الرغم من تعلقه بعقد إداري فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب تمييزه دون حاجة لبحث أسباب الطعن ، وتعين المحكمة الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية لنظر الدعوى عملاً بنص المادة ١٥٦ من قانون المرافعات) .وفي ذات الاتجاه أصدرت ذات المحكمة عدة أحكام[٣٦] أخرى

المطلب الرابع

عدول هيئات التحكيم القضائي عن اتجاهها

عدلت هيئات التحكيم القضائي في الكويت عن اتجاهها السابق الذي رددته في أوائل الأحكام التي صدرت عنها والتي أجازت فيه التحكيم في منازعات العقود

---

(٣٦) منها حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ الدائرة التجارية الثانية الصادر بجلسة ١ / ١١ / ١٩٩٨ والمنشور في مجلة القضاء والقانون ، السنة ٢٦ ، الجزء الثاني ، أغسطس ١٩٩٨ ص ١٩١ وحكم محكمة التمييز الصادر بتاريخ ١٤ / ٣ /١٩٩٩ في الطعنين رقمي ٤٤٤ و ٤٥٠ تجاري منشور في موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز في سبعة عشر عاماً من عام ١٩٨٢ حتى عام ١٩٩٩ ، الكتاب الأول ، الدعوى الإدارية ، الجزء الأول والتي أعدها المستشار / ناصر معلا والمحامي / جمال الجلاوي ، الطبعة الأولى ١٩٩٩، طبعة الفتوى والتشريع ص ٢٩٧ وما بعدها . وحكم محكمة التمييز الصادر بتاريخ ١٩ / ١٢ / ١٩٩٩عن الدائرة التجارية الأولى في الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ١٩٩٩ منشور في مجلة القضاء والقانون ، السنة ٢٧ ، الجزء الثاني ، أغسطس ٢٠٠٢ ص ٢٥٧ وحكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٧٨٢ لسنة ٢٠٠١ الصادر عن الدائرة التجارية الثانية بتاريخ ١٣ / ١٠ / ٢٠٠٢ منشور بمجلة القضاء والقانون ، السنة ٣٠ الجزء الثاني ، نوفمبر ٢٠٠٥ ص ١٢٧ وحكم محكمة التمييز الصادر في ٤ يناير ٢٠٠٦.



الإدارية وخصوصاً ما ينشأ عنها من حقوق مالية ، بعد أن أفصحت محكمة التمييز عن اتجاهها الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دون تمييز في هذا الشأن بين الحقوق المالية الناشئة عن هذه العقود أو الحقوق غير المالية[(٣٧)] .

وكأثر لاتجاه محكمة التمييز استقرت هيئات التحكيم القضائي علي اتجاه جديد لديها قررت فيه عدم اختصاصها بنظر منازعات العقود الإدارية وأنها تخرج عن نطاق الاختصاص الولائي لهذه الهيئات[(٣٨)] .

الفرع الأول

تطبيق لعدول هيئة التحكيم القضائي عن اتجاهها السابق

صدرت عن هيئة التحكيم القضائي أحكام كثيرة تبنت فيها العدول عن رأيها السابق القائم علي أساس جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية واستقرت فيها علي اتجاهها الجديد الرافض[(٣٩)] لاختصاصها بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية نكتفي بذكر حكمين منها فيما يلي :

---

(٣٧) راجع د/ خالد فلاح عواد العنزي : التحكيم في العقود الإدارية في الكويت ، المرجع السابق ص ٣١١

(٣٨) انظر في ذلك د/ نجلاء أحمد الغيص : مدى جواز التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، المرجع السابق ص ٢٨٧

(٣٩) من هذه الأحكام حكم هيئة التحكيم الصادر في طلب التحكيم رقم ١٣ / ٩٧ الصادر بجلسة ١ / ٦ / ١٩٩٨ وحكمها الصادر في طلب التحكيم رقم ٢٦ / ٩٦ الصادر بجلسة ٢ / ٣ / ١٩٩٧ والحكم رقم ٣ / ٩ / ٩٥ في طلب التحكيم رقم ٣ / ٩٥ الصادر بجلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٩٦ والحكم الصادر في طلب التحكيم رقم ٢٣ / ٩٩ الصادر بتاريخ ١٧ / ٤ / ٢٠٠٠ منشورة في مؤلف د/ خالد عبد الله الياقوت ود/ طارق عبد الرؤوف صالح : التعليق علي نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي ، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ص ٢٢٨ وما بعدها . وانظر كذلك حكم هيئة التحكيم القضائي الأولى بتاريخ ١٤ ديسمبر ٢٠٠٠ في طلب التحكيم رقم ١٣ لسنة ١٩٩٩ في قضية شركة الحمراء الكويتية ضد الأمانة العامة للأوقاف بشأن ترميم وصيانة مبنى الأمانة وراجع تفاصيل هذا الحكم لدى / نجلاء أحمد الغيص : المرجع السابق ص ٢٨٩.

أولاً – الحكم في قضية شركة شاهين الغانم ضد وزارة الأشغال(٤٠))

تتلخص واقعات هذا الحكم في أن وزارة الأشغال العامة كانت قد أبرمت عقداً مع شركة شاهين الغانم لمقاولات الطرق والجسور لإنشاء مخارج مجاري مياه الأمطار بإحدى المناطق السكنية في الكويت وعلي إثر قيام نزاع بين الطرفين حول المقابل المالي للعقد تقدمت الشركة المذكورة إلي إدارة التحكيم القضائي بطلب تحكيم طلبت فيه إلزام الوزارة المحتكم ضدها بأداء مستحقاتها المالية بالإضافة إلي الفوائد القانونية ، والتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي حاقت بها . وقد دفعت الوزارة بعدم اختصاص هيئة التحكيم القضائي ولائياً بنظر النزاع لأن العقد المبرم بين الطرفين هو عقد إداري تختص بنظره الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية . وقد رأت هيئة التحكيم سلامة دفاع وزارة الأشغال وحكمت بعد اختصاصها ولائياً بنظر النزاع . وقد أسست هيئة التحكيم حكمها علي أنه (....من المقرر أنه لكي يعتبر العقد إدارياً يجب توافر شروط ثلاثة : أن تكون الإدارة طرفاً في العقد ، وأن يتصل بمرفق عام ، وأن تستخدم الإدارة فيه وسائل القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، ولما كان هذا العقد قد تم عن طريق المناقصة العامة ....مما يجعل هذا العقد عقداً إدارياً توافرت له الشروط المشار إليها ، الأمر الذي يجعل الفصل في النزاع الماثل منوط بالدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها لتكون هيئة التحكيم القضائي بالتالي غير مختصة به ويكون الدفع المبدى من الوزارة المحتكم ضدها بعدم اختصاص الهيئة ولائياً بنظر طلب التحكيم في محله وتجيبها الهيئة إليه وتقضي به) .

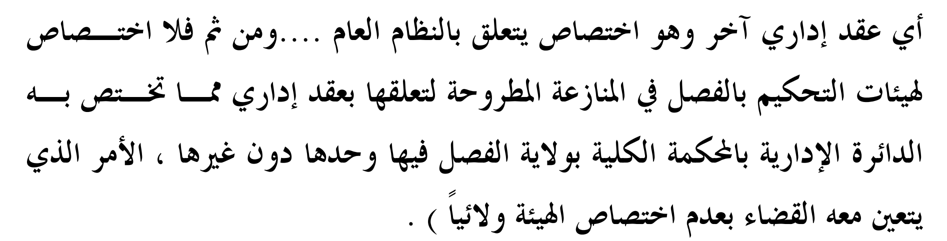
---

(٤٠) صدر هذا الحكم عن هيئة التحكيم القضائي الأولى بتاريخ ١٥ مارس ١٩٩٩ في طلب التحكيم رقم ٣ / ١٩٩٦.

ثانياً – حكم مركز الإنقاذ البحري بالسالمية . تتلخص واقعات هذا الحكم[٤١] في أن الإدارة العامة للإطفاء أبرمت عقداً مع إحدى الشركات لإنشاء وإنجاز وصيانة مركز الإنقاذ البحري بالسالمية ، وقد ثار خلاف بين الطرفين تقدمت الشركة علي إثره إلي هيئة التحكيم بطلب تحكيم تصدت فيه هيئة التحكيم القضائي لموضوع الاختصاص دون أن يدفع به أحد من طرفي النزاع . وقررت أن العقد موضوع التحكيم المؤرخ في ١٤ / ٦ / ١٩٩٥ هو عقد إداري توافرت له مقومات العقد الإداري واتسم بالطابع المميز له ، فهو مبرم بين شخص من أشخاص القانون العام هو الإدارة العامة للإطفاء ، ويتعلق بمرفق عام يقدم خدمة عامة هو مركز الإنقاذ البحري بالسالمية ، وانتهجت الإدارة في تعاقدها أسلوب القانون العام فضمنت العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص ، ومن ثم فإنه يكون عقد أشغال عامة .

وقد قضت هيئة التحكيم بعدم اختصاصها بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية مرددة اتجاه محكمة التمييز في هذا الصدد ، وقالت في هذا الشأن : (....ولما كان ذلك وكان قضاء محكمة التمييز قد استقر علي أن اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات في العقود الإدارية مرجعه ما تتضمنه من روابط في مجالات القانون العام ، وقد عقدت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ للدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية وحدها دون غيرها الاختصاص بالمنازعات التي تنشا بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو

(٤١) صدر هذا الحكم عن هيئة التحكيم القضائي الأولى بتاريخ ٢٢ يناير ٢٠٠١ في طلب التحكيم رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٠ ، وأشار إليه د/ خالد عبد الله الياقوت ود/ طارق عبد الرؤوف صالح في مؤلفهما التعليق علي قانون التحكيم في التشريع الكويتي ، المرجع السابق ص ٢٣٨ ود/ خالد فلاح عواد العنزي: التحكيم في العقود الإدارية في الكويت ، المرجع السابق ص ٣١٦



أي عقد إداري آخر وهو اختصاص يتعلق بالنظام العام ....ومن ثم فلا اختصاص لهيئات التحكيم بالفصل في المنازعة المطروحة لتعلقها بعقد إداري مما تختص به الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بولاية الفصل فيها وحدها دون غيرها ، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم اختصاص الهيئة ولائياً) .

الفرع الثاني

رأينا في الموضوع

بعد استعراض الاتجاهات التي ذكرناها للقضاء الكويتي فإننا نؤيد المبدأ الذي أرسته محكمة التمييز في هذا الشأن ونرى سلامة اتجاهها الرافض لإسناد الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية لهيئات التحكيم القضائي حتى ولو كان النزاع متعلقاً بالحقوق المالية الناشئة عنها(٤٢) .

كما نرى صحة ما انتهت إليه المحكمة من جعل الاختصاص بالفصل في كل منازعات العقود الإدارية مقصوراً علي الدائرة الإدارية وحدها(٤٣) دون غيرها وأنه اختصاص يتعلق بالنظام العام . وندلل علي وجهة نظرنا في هذا الشأن بالحجج الآتية :

١-إن أمر التحكيم في منازعات العقود الإدارية يجب النظر إليه من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإداري ومدى تلاؤم أو تنافر التحكيم معها ، وليس من منظور

---

(٤٢) قارن في عكس ذلك د/ يسرى محمد العصار : التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠١ص ١٦٣وراجع لنفس المؤلف : نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا والكويت ، تقرير مقدم إلي مؤتمر مراكز التحكيم العربية المنعقد في جامعة بيروت العربية في الفترة من ١٦ إلي ١٨ مايو ١٩٩٩ ص ١٥.

(٤٣) من أنصار هذا الرأي / عبد الله سمير العتري في دراسته عن : مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية في القانون الكويتي ، تعليق علي حكم محكمة التمييز الكويتية ، الدائرة التجارية الثانية في الطعن رقم ٥١ / ١٩٩٧ تجاري ص ٩ ونشرتها جريدة الدستور الكويتية في عددها الثالث والسبعون بعد المائة الصادر بتاريخ ١٤ من فبراير ٢٠٠١ صفحة دراسات ص ٦.



الاختصاص القضائي الذي يتم لي عنق النصوص المقررِة للاختصاص بتفسيرها علي نحو يخول الجهة التي تفصل في المنازعات العادية بنظره رغم أن المشرع لم يشأ لها ذلك وجعل نظر منازعات العقود للقضاء الإداري حصرياً ؛ لما تتميز به من أوضاع تتفق مع طبيعة العقد الإداري الذي يقيم لجهة الإدارة وجه سطوة ونفوذ في العلاقة العقدية القائمة مع الطرف الآخر(٤٤) . إذا كان هذا هكذا فإن منازعات العقود الإدارية تكون أكثر نأياً عن طبيعة التحكيم ونظامه !

٢-إن صاحب الاختصاص الأصيل في فصل المنازعات التي تنشأ بصدد الحقوق أو المراكز القانونية هو القضاء ، وأما طرح النزاع علي هيئات تحكيم فهو الاستثناء(٤٥) ولا يصار إلي الاستثناء مع وجود الأصل . وأما التذرع بحجة البطء وطول الإجراءات فهي حجة واهية لأنها تستند إلي أمور واقعية ولا تنهض علي أساس قانوني ، وإلا ما الحكمة من اللجوء إلي التحكيم في ظل عدالة سريعة ؟ لاشك أن العيب في التنظيم الإجرائي المغرق في الشكلية التي كثيراً ما أضاعت الحقوق ولم تجد من يحرص علي رفع الظلم وتحقيق العدل بالمرونة التي تكفل سرعة الوصول إلي الحق علي نحو لا تضيعه أو تؤخره شكليات وإجراءات هي في حقيقتها لدد في الخصومة ولا أدل علي ذلك مثلاً من رفع الإشكالات أمام المحاكم غير المختصة .

(٤٤) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري ، ملف رقم ٥٤ / ١ / ٣٣٩ الصادر بجلسة ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ص ٨٠٣ وكانت الجمعية قد ناقشت في هذه الفتوى أهلية الأشخاص العامة في تقرير اللجوء إلي التحكيم . انظر في عرض هذه الفتوى أيضا د/ جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ١٩٩٧ص ٨٢ وما بعدها.

(٤٥) د/ سيد أحمد محمود : خصومة التحكيم ، المرجع السابق ص ٦.

٣- بناء علي ما ورد في الحجة الثانية فإن لجوء أية جهة إدارية للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو ما يتفق مع المنطق القانوني لكفالة حق التقاضي. أما لجوؤها إلي التحكيم فيعني الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام ، ثم إنه تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها[٤٦]، وكل ذلك لا تملكه أية جهة إدارية ولا يملك تقريره شخص عام إلا بتخويل صريح من المشرع .

ويستفاد مما تقدم أنه لا يصح إجازة التحكيم من جهة إدارية بشأن منازعات عقد إداري دون أن يكون ذلك مقرراً بنص تشريعي ، ولا يوجد نص تشريعي يسمح للجهات الإدارية بذلك أو يمنعها منه[٤٧]. وبالإضافة إلي ما تقدم فإن القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ هو قانون يحكم المسائل المدنية والتجارية ، ولو أراد المشرع أن يدخل فيه المنازعات الإدارية لأضافها

ولله الحمد في الأولى والآخرة

(٤٦) راجع فتوى السابقة للجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الصادرة بجلسة ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ص ٨٠٢

(٤٧) عبد الله سمير العتري : المرجع السابق ص ٨